

N. 04602/2010 REG.SEN.

N. 01342/2006 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1342 del 2006, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Hi-Com s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Ciurcina e Marco Ciurcina, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi, in Torino, corso Re Umberto, 5;

contro

Comune di Trofarello, rappresentato e difeso dall'avv. Giorgio Santilli, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

nei confronti di

Cibra Pubblicità s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Francesca Mastroviti, con domicilio eletto presso lo studio della medesima, in Torino, via Schina, 15;

per l'annullamento

- del verbale di gara 02/10/2006 relativo al pubblico incanto per l'affidamento in concessione di fornitura, installazione, gestione e manutenzione di impianti pubblicitari di servizio e di arredo urbano da adibirsi a supporto per la pubblicità urbana da collocare nel territorio del Comune di Trofarello dal 2006 al 2012, contenente sia il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara de qua che quello di aggiudicazione provvisoria della concessione in oggetto a favore della CIBRA PUBBLICITA' S.r.l., atto conosciuto in data 12/10/2006;

- di ogni altro provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara stessa, ove mai adottato;

- per quanto possa occorrere, del bando di gara, del relativo disciplinare di gara e capitolato d'oneri, del fac-simile della dichiarazione sostitutiva, per la parte relativa alle prescrizioni in materia di requisiti di partecipazione e di cauzione provvisoria;

- nonché di ogni altro atto preordinato e/o precedente e di ogni atto conseguente e connesso a quelli impugnati;

nonché per l'annullamento, con i motivi aggiunti depositati in data 20.06.2007,

- della determinazione n. 597 del 18/122006 del Comune di Trofarello ad oggetto "Pubblico incanto per l'affidamento in concessione di fornitura, installazione, gestione e manutenzione di impianti pubblicitari di servizio e di arredo urbano da adibirsi a supporto per la pubblicità ordinaria da collocare nel territorio comunale del Comune di Trofarello - dal 2006 al 2012. - Approvazione del verbale di gara", atto conosciuto in data 10/05/2007;

- di ogni altro atto preordinato e/o precedente e di ogni atto conseguente e connesso a quello impugnato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune Trofarello e della Cibra Pubblicità s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2010 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Hi-Com s.r.l. espone che il Comune di Trofarello ha indetto un pubblico incanto ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 157/1995 per l'affidamento in concessione della fornitura, installazione, gestione e manutenzione di impianti pubblicitari di servizio e di arredo urbano da adibirsi a supporto per la pubblicità urbana da collocare nel territorio comunale dal 2006 al 2012, da aggiudicarsi con il criterio del massimo rialzo sull'importo a base d'asta ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. a), del decreto citato, dalla cui partecipazione è stata esclusa, in quanto, contrariamente alla previsione di cui all'art. 7, lett. G, (Requisiti di partecipazione) del disciplinare di gara, che richiedeva espressamente, come requisito di partecipazione, la mancanza di risoluzioni anticipate di contratti di contenuto analogo a quello in oggetto con altri enti, ha dichiarato di avere avuto risoluzioni anticipate di contratti analoghi con altri enti.

Inoltre, la polizza presentata dalla società a titolo di cauzione provvisoria prevedeva il pagamento delle somme dovute entro 30 giorni anziché entro 15 giorni, come richiesto dall'art. 10, lett. D (Modalità di presentazione dell'offerta) del disciplinare citato.

La gara è stata poi provvisoriamente aggiudicata alla società Cibra Pubblicità s.r.l., che – tra quelle ammesse a parteciparvi – ha offerto la migliore percentuale in aumento del canone annuo posto a base d'asta (222%).

La Hi-Com, assumendo d'essere stata illegittimamente esclusa dalla gara e d'aver altrimenti avuto diritto ad ottenerne l'aggiudicazione in ragione dell'offerta economica formulata (327%), con ricorso notificato il 10 novembre 2006 e depositato il successivo 17 novembre, è insorta avverso le decisioni assunte dall'Amministrazione comunale e ha chiesto a questo Tribunale Amministrativo Regionale l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia:

- del verbale di gara in data 2 ottobre 2006 relativo al pubblico incanto in argomento, con cui – tra l'altro – è stata disposta la sua esclusione dalla gara e l'aggiudicazione provvisoria a favore della Cibra Pubblicità s.r.l.;
- di ogni altro provvedimento di esclusione dalla gara, ove mai adottato nei suoi confronti;
- per quanto possa occorrere, del bando di gara, del relativo disciplinare di gara e capitolato d'oneri, del fac-simile della dichiarazione sostitutiva, per la parte relativa alle prescrizioni in materia di requisiti di partecipazione e di cauzione provvisoria;

- nonché di ogni altro atto preordinato e/o precedente e di ogni atto conseguente e connesso a quelli impugnati.

La ricorrente, nell'evidenziare di non essere mai incorsa in risoluzioni anticipate di contratti analoghi con il Comune di Trofarello, ha dedotto, quali motivi di gravame:

1) eccesso di potere per manifesta illogicità, contraddittorietà e genericità del provvedimento, in quanto la Commissione di gara, come sembrerebbe dal verbale e dalla lettera d'invito, avrebbe ritenuto d'interpretare l'art. 10, lett. A, n. 5, del disciplinare di gara e, quindi, il correlato art. 7, lett. G, nel senso di escludere le ditte che avessero concorso a determinare le cause delle risoluzioni anticipate di contratti di contenuto analogo con altri enti e non quelle che, in sede di dichiarazione sostitutiva, avessero genericamente segnalato le risoluzioni anticipate in cui erano incorse;

- eccesso di potere per difetto d'istruttoria, in quanto la ricorrenza della causa di esclusione, nel senso innanzi precisato, non è stata accertata mediante l'espletamento della necessaria istruttoria;

- violazione e falsa applicazione di legge per difetto e/o insufficienza di motivazione (art. 3 L. n. 241/90), difetto dei presupposti, errore, in quanto il provvedimento d'esclusione, fondato su un iter logico viziato, non esplicita le ragioni che, alla luce della su indicata interpretazione della clausola del disciplinare di gara, avrebbero consentito la sua adozione;

2) violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 41 e 97 Cost.; art. 3, L. n. 241/90), violazione dei principi generali in tema di gare,

eccesso di potere, per carente e/o errata indicazione dei presupposti e violazione dei principi di trasparenza e di par condicio tra i concorrenti e di massima partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, in quanto l'interesse dell'Amministrazione comunale a consentire la più ampia partecipazione alla gara è risultato contraddetto dall'interpretazione delle disposizioni di cui agli artt. 7, lett. G, e 10, lett. A, n. 15 del disciplinare di gara, che, nel caso concreto, è stata formulata. Il requisito di partecipazione di cui all'art. 7, lett. G, (“non avere avuto risoluzioni anticipate di contratti di contenuto analogo a quello in oggetto con altri enti”) può, infatti, assumere rilevanza solo ed unicamente nel caso in cui tali risoluzioni siano intervenute nell'ambito di un rapporto contrattuale intercorso con la stessa amministrazione aggiudicatrice, in quanto in grado – per l'appunto – di far venir meno il rapporto fiduciario. Al di fuori di un'espressa previsione di legge, nessuna valenza impeditiva a future contrattazioni può, pertanto, riconoscersi a risoluzioni intervenute con enti diversi. Le previsioni del bando e del disciplinare di gara, per come interpretate dalla Commissione, si pongono, dunque, in contrasto con i principi comunitari e nazionali della più ampia partecipazione alle procedure di affidamento in materia di concessioni e appalti pubblici, nonché con quelli costituzionali a tutela della libertà di iniziativa economica e, inoltre, creano un'evidente disparità tra le imprese per la partecipazione alle gare.

Il requisito d'ammissione previsto dal citato art. 7, lett. G, è, in ogni caso, assolutamente generico ed indeterminato e, quindi, tale da non passare indenne al vaglio di legittimità neppure se inteso in senso

favorevole alla più ampia partecipazione alla gara, in quanto attribuisce all'Amministrazione una discrezionalità illimitata nel valutare la sussistenza del motivo d'esclusione in violazione con i principi e le regole generali in materia di azione amministrativa.

3) eccesso di potere sotto il profilo dell'irragionevolezza ed illogicità, travisamento dei fatti, violazione dei principi generali in tema di gare e di massima partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, assoluta insufficienza e genericità della motivazione, in quanto il secondo motivo d'esclusione opposto (non conformità della polizza prestata a titolo di cauzione provvisoria, in quanto il termine di pagamento delle somme dovute è previsto a 30 anziché a 15 giorni dalla richiesta) è insufficiente ed illogico, in quanto la polizza prodotta prevede che la società assicuratrice presta fideiussione nell'interesse della ricorrente a garanzia "dell'adempimento degli oneri ed obblighi derivanti dalla sua partecipazione alla gara". Ne consegue, quindi, l'impegno della stessa a corrispondere le somme nei termini previsti dalla lex specialis, quand'anche l'art. 4 delle condizioni generali di assicurazione prevedano un termine diverso.

In ogni caso, l'esclusione disposta in virtù di tale motivo è comunque illegittima, in quanto non risponde ad un particolare e specifico interesse dell'Amministrazione, atteso che quest'ultima è sufficientemente garantita, in punto cauzione provvisoria, dalla presentazione della polizza fideiussoria presentata, che garantisce, per un periodo di 190 giorni a partire dal 30/9/2006, il pagamento della stessa non oltre il trentesimo giorno dalla richiesta.

Si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso il Comune di Trofarello e la controinteressata Cibra Pubblicità s.r.l., deducendone, in via preliminare, l'inammissibilità per omessa tempestiva impugnazione della clausola immediatamente escludente e, nel merito, l'infondatezza.

All'esito dell'udienza camerale in data 6 dicembre 2006, questa Sezione, con ordinanza n. 655, ha rigettato l'istanza della società ricorrente volta ad ottenere la sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

Successivamente, la società ricorrente, con ricorso per motivi aggiunti notificato il 9 giugno 2007 e depositato il successivo 20 giugno, ha contestato anche la legittimità degli atti mediante i quali il Comune di Trofarello aveva provveduto, nel frattempo, all'aggiudicazione definitiva e, segnatamente, della determinazione del responsabile dell'Area Finanziaria n. 597 in data 21 gennaio 2010, conosciuta in data 10 maggio 2007 e degli atti ad essa preordinati, precedenti, conseguenti e/o connessi, chiedendo anche di essi l'annullamento e riproponendo le medesime doglianze già svolte a sostegno del ricorso introduttivo.

Il Comune intimato e la società controinteressata hanno dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza anche di questi ulteriori motivi di gravame, confermando le argomentazioni poste a sostegno dei rispettivi atti costitutivi.

La causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 27 ottobre 2010, all'esito della quale è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di poter prescindere dallo scrutinio dell'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dall'Amministrazione resistente e dalla società controinteressata, atteso che lo stesso, conformemente alla prognosi formulata in sede cautelare, risulta comunque infondato nel merito e va respinto per le considerazioni di seguito riportate.

L'esclusione della ricorrente si basa, infatti, su due distinte motivazioni, ciascuna di per sé potenzialmente idonea a sorreggere la decisione assunta dalla commissione di gara, conseguendone che l'eventuale illegittimità di una sola delle due non sarebbe comunque sufficiente a travolgerla.

Nel caso di specie, pare, peraltro, possano essere immediatamente disattese le censure svolte con il primo ed il secondo motivo di gravame in ordine alla correttezza dell'esclusione disposta dalla commissione di gara a causa della dichiarazione resa dalla ricorrente di aver avuto risoluzioni anticipate di contratti analoghi con altri enti, in quanto, contrariamente a quanto ritenuto, la decisione assunta risulta congruamente motivata e sorretta su legittime previsioni della *lex specialis* di gara.

Osserva a tal proposito il Collegio, sovvertendo in parte, per ragioni di logica espositiva, le considerazioni giuridiche necessarie a consentire il vaglio delle censure svolte dalla ricorrente con detti motivi di ricorso, che, come correttamente sottolineato dalla difesa dell'Amministrazione e della controinteressata, la fattispecie

concreta, lungi dal risolversi in un mero appalto di servizi, ha in realtà ad oggetto la gestione in concessione, per la durata di sei anni, degli impianti pubblicitari di servizio posti nel Comune di Trofarello su aree di proprietà comunale, ossia un modulo organizzativo/procedimentale in cui viene in considerazione l'esercizio di attività che implicano l'espletamento di pubblici poteri e funzioni pubblicistiche da parte del concessionario.

Ne discende che **il concessionario di questo specifico servizio - ossia il servizio di gestione degli impianti pubblicitari - in relazione ai compiti ed ai poteri anche autoritativi attribuitigli, non agisce in un mercato liberalizzato e ciò comporta, a livello comunitario, che, come autorevolmente affermato dal Consiglio di Stato (Sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5318), “gli artt. 49, 50 e 51 del Trattato non si applichino alla fattispecie, in base al tenore dell’art. 45 (ex 55), riferibile ai servizi per il rinvio dell’art. 55 (ex 66) Trattato CE («sono escluse dall’applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipano, sia pure occasionalmente, dell’esercizio dei pubblici poteri »)”**.

In tal senso, essendo, dunque, la fattispecie in esame ascrivibile non già al novero degli appalti pubblici di servizi ma a quello dei pubblici servizi, il cui espletamento implica l'esercizio di particolari prerogative tipiche dei pubblici poteri, il parametro di legittimità dell'azione amministrativa viene ad essere costituito non già dalle norme della legislazione sugli

appalti pubblici, bensì dalle norme e dai principi del Trattato (Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, in C-324/98 - Teleaustria), conseguendone che la legittimità o meno del potere dell'Amministrazione aggiudicatrice di condizionare la partecipazione alla sussistenza di requisiti ulteriori e diversi rispetto a quelli fissati ex lege (e, poi, di escludere i concorrenti che ne siano privi) non può essere valutata solo ed esclusivamente alla stregua delle norme di cui al D. Lgs. n. 157/95, ma, come peraltro chiaramente enunciato all'art. 1 del disciplinare di gara e capitolato d'onori, in base alle prescrizioni riportate nel disciplinare medesimo e ai "principi desumibili" dal D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157.

Il Comune di Trofarello si è, invero, vincolato al puntuale rispetto delle norme di legge all'epoca vigenti in materia di appalti di servizi unicamente con riferimento al tipo di gara prescelto e al criterio d'aggiudicazione, in forza dell'esplicito e specifico rinvio agli artt. 6, comma 1, lett. a), e 23, comma 1, lett. a), del decreto legislativo poc'anzi citato, contenuto al pt. 13 del bando e al citato art. 1 del disciplinare di gara.

Consta, invece, che, per scelta discrezionale, abbia inteso espressamente includere tra i requisiti di partecipazione richiesti a pena d'esclusione quello in contestazione.

L'art. 7, lett. G, del disciplinare di gara e capitolato d'onori è chiaro, infatti, nello stabilire che sono ammesse a partecipare alla gara le imprese che non hanno avuto risoluzioni anticipate di contratti di

contenuto analogo a quello in oggetto con altri enti ed altrettanto limpido è il successivo art. 9, laddove, alla lett. a), stabilisce che “l’impresa verrà esclusa dalla gara nel caso in cui non sia in possesso dei requisiti previsti dal capitolato di gara”.

Ritiene, peraltro, questo giudice che la specifica previsione non sia assolutamente illogica, irragionevole o sproporzionata, né che travalichi immotivatamente i limiti del potere ampiamente discrezionale attribuito all’Amministrazione, traducendosi in un ingiustificata limitazione alla partecipazione alle gare, e che, dunque, si sottragga al sindacato giurisdizionale, atteso che costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa, predicati dall’art. 97 della Costituzione, e si sostanzia nel potere-dovere dell’Amministrazione di apprestare (proprio attraverso la individuazione degli specifici e più stringenti requisiti di ammissione e di partecipazione rispetto a quelli minimi previsti dalla legge per le gare d’appalto) gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell’interesse pubblico concreto, oggetto del pubblico servizio da affidare.

Appare, dunque, consentito affermare che, nel caso di specie, l’Amministrazione potesse (come in effetti ha fatto) stabilire tale ulteriore requisito di partecipazione, avuto riguardo alla concessione messa a gara e alle modalità del suo esercizio, per come desumibili dalle disposizioni del capitolato, e che

nessuna importanza possa attribuirsi alla circostanza che negli appalti pubblici di servizi le risoluzioni intervenute nell'ambito di un rapporto contrattuale assumono, di norma, rilievo solo se intervenute con la stessa amministrazione aggiudicatrice, atteso che il particolare (e diverso) rapporto fiduciario che deve instaurarsi con il concessionario può legittimamente esigere requisiti di affidabilità ulteriori e più stringenti di quelli ordinariamente richiesti, desumibili, occorrendo, anche dalla insussistenza di risoluzioni dei pregressi rapporti contrattuali intercorsi tra i concorrenti ed enti diversi da quello appaltante.

Ciò premesso, è agevole rilevare che l'esclusione della ricorrente, disposta in puntuale applicazione delle previsioni della lex specialis di gara, si sottrae alle censure svolte con il primo motivo di gravame.

La decisione della commissione pare, infatti, sorretta da una congrua ed intelligibile motivazione, anche avuto riguardo alla chiara formulazione della clausola escludente, intesa, evidentemente, a precludere la partecipazione a quei concorrenti che in passato, in analoghe situazioni, si fossero dimostrati poco affidabili, come, peraltro, precisato dalla presidente della stessa nel corso della seduta del 2 ottobre 2006 e puntualmente riportato a verbale e, ancor prima, rappresentato alla ricorrente in riscontro ad una specifica richiesta di chiarimenti avanzata su tale specifico punto.

A nessun particolare ed ulteriore approfondimento istruttorio era, quindi, tenuta la commissione di gara a fronte della chiara dichiarazione resa dall'interessata.

Per le considerazioni giuridiche innanzi svolte, è evidente, inoltre, anche l'infondatezza delle doglianze sollevate con il secondo motivo di gravame.

In definitiva, in virtù di quanto esposto, il Collegio ritiene che la decisione della commissione di gara di escludere la società Hi-Com s.r.l. dal pubblico incanto indetto dal Comune di Trofarello per l'affidamento in concessione della fornitura, installazione, gestione e manutenzione di impianti pubblicitari di servizio e di arredo urbano da adibirsi a supporto per la pubblicità urbana da collocare nel territorio comunale dal 2006 al 2012 sia sufficientemente sorretta anche dal solo riferimento alla mancanza di un requisito di partecipazione previsto a pena d'esclusione dal disciplinare di gara e che, per tale ragione, si possa prescindere dall'esame delle doglianze svolte dalla ricorrente con il terzo motivo di gravame, che appaiono comunque prima facie del pari infondate, atteso che la polizza fideiussoria prodotta non è – in effetti – conforme alle previsioni di cui all'art. 10, lett. D, del disciplinare di gara e, quindi, l'esclusione disposta sarebbe stata giustificata anche in virtù della previsione dell'art. 9, lett. d).

All'accertata infondatezza delle censure svolte dalla ricorrente con il ricorso introduttivo e con quello per motivi aggiunti

successivamente proposto non può, quindi, che conseguire il loro rigetto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, avuto riguardo alla particolarità delle questioni sottese al ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso principale depositato in data 17 novembre 2006 e sul ricorso per motivi aggiunti depositato in data 20 giugno 2007, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Manuela Sinigoi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/12/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)